COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPÉENNES

Bruxelles, le 20.06.1997
SEC(97) 1193 final

COMMUNICATION INTERPRETATIVE DE LA COMMISSION

Liberté de prestation de services et intérêt général
dans la Deuxième directive bancaire

TABLE DES MATIERES

PREMIERE PARTIE: LA LIBERTE DE PRESTATION DE SERVICES DANS LA DEUXIEME DIRECTIVE BANCAIRE 5

A - LA PROCEDURE DE NOTIFICATION 5

1) Champ d'application temporel 5
2) Champ d'application territorial 6
3) Publicité et offres de services 7
4) Nature de la procédure 8
5) Avenir de la procédure 8

B) LIBERTE DE PRESTATION DE SERVICES ET DROIT D'ETABLISSEMENT 9

1) Liberté de prestation de services 9
2) Droit d'établissement 10
3) Zone "grise" 11
4) Exercice simultané de la liberté de prestation de services et du droit d'établissement 15
5) Contrôle par le pays d'accueil des conditions d'octroi du passeport 15
6) Divers 16

C - LE COMMENCEMENT DE LA PRESTATION DE SERVICES 16

DEUXIEME PARTIE: L'INTERET GENERAL DANS LA DEUXIEME DIRECTIVE BANCAIRE 17

A - LA COMMUNICATION DES REGLES D'INTERET GENERAL 17

B - L'APPLICATION DES REGLES D'INTERET GENERAL 17

1) Délimitation de l'intérêt général 19
2) Les tests d'intérêt général 20
3) Modalités d'utilisation des tests 21

C - L'INTERET GENERAL ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE 28

1) Principes 28
2) Articulation avec la Convention de Rome 29
3) Primauté du droit communautaire 30

COMMUNICATION INTERPRETATIVE DE LA COMMISSION

Liberté de prestation de services et intérêt général
dans la Deuxième directive bancaire

La présente communication constitue le résultat de la réflexion que la Commission a menée sur les questions de la liberté de prestation de services et de l'intérêt général, dans le cadre de la Deuxième directive bancaire.[1]

Tant les Etats membres (au sein du Comité Consultatif Bancaire et du Groupe Technique d'Interprétation pour l'Application des Directives Bancaires) que les milieux privés ont été associés à cette réflexion.

La Commission a publié au Journal officiel des Communautés européennes[2] un projet de communication, qui a marqué le lancement d'une large consultation. Suite à cette publication, la Commission a reçu de nombreuses contributions, émanant de tous les milieux concernés (Etats membres, Fédérations, établissements de crédit, organisations de consommateurs, bureaux d'avocats etc.). Elle a également organisé des auditions de toutes les parties ayant pris part à la consultation écrite.

La Commission a pu se rendre compte, à l'occasion de cette consultation, que des incertitudes subsistent sur l'interprétation des concepts fondamentaux que sont la liberté de prestation de services et l'intérêt général. Ces incertitudes sont de nature à dissuader certains établissements de crédit de faire usage des libertés dont la Deuxième directive vise précisément à faciliter l'exercice et, partant, à entraver la circulation des services bancaires dans l'Union.

La Commission estime donc souhaitable de rappeler dans une Communication les principes dégagés par la Cour de Justice, et de présenter sa position sur leur application aux problèmes spécifiques posés par la Deuxième directive bancaire.

En publiant la présente communication, la Commission poursuit un objectif de transparence et de clarification des règles communautaires. Elle offre à tous les acteurs concernés, administrations nationales, opérateurs économiques et consommateurs, un instrument de référence qui précise le cadre juridique dans lequel, selon la Commission, devraient pouvoir s'exercer les activités bancaires bénéficiant de la reconnaissance mutuelle.

Les interprétations et les réflexions contenues dans la présente communication, qui ne concernent que les problèmes spécifiques à la Deuxième directive, n'ont pas la prétention de couvrir toutes les hypothèses possibles, mais seulement les plus fréquentes ou les plus probables.

---

1 Directive 89/646/CEE du Conseil du 15.12.1989 visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive 77/780/CEE, JO n° L 386 du 30.12.1989 p. 1, modifiée par la directive 92/30/CEE, JO n° L 110 du 28.4.1992, p. 52.

2 JO n° C 291 du 4.11.1995 p. 7.

Elles ont été faites à la lumière de la politique relative à la Société de l'Information développée au niveau communautaire, qui vise à favoriser l'essor et la circulation des services de la Société de l'Information entre les Etats membres et, en particulier, le commerce électronique.[3]

Elles ne représentent pas nécessairement les interprétations des Etats membres, et ne sauraient, par elles-mêmes, générer aucune obligation à leur égard.

Elles ne préjugent pas, enfin, de l'interprétation que la Cour de Justice des Communautés européennes, compétente en dernier ressort pour assurer l'interprétation du traité et du droit dérivé, pourrait être amenée à donner aux questions abordées.

---

3 Résolution du Conseil de l'Union européenne relative aux nouvelles priorités concernant la Société de l'Information adoptée le 8.10.1996. Communication de la Commission au Conseil européen "Services: mode d'emploi"; CSE(96) 6 final du 27.11.1996. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité Economique et Social: "La transparence réglementaire dans le marché intérieur pour les services de la Société de l'information" et proposition de directive du Parlement européen et du Conseil portant troisième modification de la directive 83/189/CEE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques; COM(96) 392 final du 30.8.1996. La proposition de directive a également été publiée au JO n° C 307 du 16.10.1996, p. 11.

PREMIERE PARTIE: LA LIBERTE DE PRESTATION DE SERVICES DANS LA DEUXIEME DIRECTIVE BANCAIRE

Dans cette partie seront successivement analysées les interrogations relatives à la procédure de notification (A), les difficultés liées à la distinction entre la liberté de prestation de services et le droit d'établissement (B) et la question du moment à partir duquel une activité en liberté de prestation de services peut être commencée (C).

A. LA PROCEDURE DE NOTIFICATION

1) Champ d'application temporel

La Deuxième directive bancaire énonce, dans son article 20 paragraphe 1, que:

"Tout établissement de crédit qui désire exercer pour la première fois ses activités sur le territoire d'un autre Etat membre dans le cadre de la libre prestation des services notifie à l'autorité compétente de l'Etat membre d'origine celles des activités comprises dans la liste figurant à l'annexe qu'il envisage d'exercer."

La procédure visée à l'article 20 paragraphe 1 ne concerne que les établissements de crédit (et leurs établissements financiers, filiales au sens de l'article 18 paragraphe 2) qui envisagent d'exercer pour la première fois une activité figurant à l'annexe. En effet, l'article 23 paragraphe 2 de la Deuxième directive prévoit une exemption de notification pour les établissements de crédit ayant déjà, avant l'entrée en vigueur des dispositions d'application de la directive, opéré par voie de prestation de services.

La Commission considère que, pour bénéficier des droits acquis, il suffit que l'établissement ait au moins une fois fourni un service sur le territoire d'un Etat membre (au sens du raisonnement sous 2)) et peu importe quand. Il faut cependant que l'établissement ait exercé cette activité légalement sur le territoire de l'Etat membre en question, et qu'il soit en mesure, sur demande de l'autorité compétente du pays d'origine, de présenter des éléments attestant cet exercice préalable.

L'exemption ne vaut toutefois que pour l'activité et pour l'Etat membre concernés.

La Commission estime que le caractère légal de l'activité antérieure doit s'apprécier au moment où cette activité a été exercée, et non au moment où la Deuxième directive est entrée en vigueur. Peu importe donc que, postérieurement à l'exercice de cette activité par l'établissement de crédit, la législation de l'Etat membre d'accueil ait changé. On présume naturellement que l'établissement s'était, s'il avait continué à y exercer, conformé à la nouvelle législation du pays d'accueil, ou qu'il avait alors cessé ses activités en liberté de prestation de services.

2) Champ d'application territorial

a) Principes

L'article 20 paragraphe 1 de la Deuxième directive subordonne la mise en oeuvre de la procédure de notification à l'intention d'exercer des activités "***sur le territoire d'un autre Etat membre***".

Il est donc nécessaire de "localiser" la fourniture future du service bancaire afin de déterminer si une notification préalable doit être effectuée.

Contrairement à d'autres services dont la localisation ne peut faire de doute (plaidoirie d'un avocat, construction d'un bâtiment etc.) les services bancaires repris à l'annexe de la Deuxième directive sont plus difficiles à rattacher à un lieu précis. Ils sont en outre très différents les uns des autres et de plus en plus "dématérialisés". La fourniture croissante de services à distance, notamment par voie électronique (Internet, "home banking" etc.) rendra sans doute rapidement caducs des critères de rattachement trop rigides.

La Commission a examiné certaines possibilités pour localiser le service (auteur de l'initiative, lieu de résidence du client, lieu d'établissement du fournisseur, lieu où les actes sont signés etc.) et estime qu'aucune d'entre elles ne semble pouvoir être applicable, de façon satisfaisante, à l'ensemble des activités reprises à l'annexe.

Elle estime qu'il faut s'en tenir à une lecture simple et souple de l'article 20 de la Deuxième directive. Ainsi, selon elle, seules les activités exercées *sur le territoire* d'un autre Etat membre devraient faire l'objet d'une notification préalable. Afin de déterminer où une activité est exercée, il conviendra de déterminer le lieu où est fournie ce qu'on peut appeler la "prestation caractéristique" du service, qui est la prestation essentielle, pour laquelle le paiement est dû.

Ce raisonnement n'est destiné qu'à déterminer si une notification préalable est nécessaire. Il est sans effet sur le droit applicable et sur le régime fiscal du service bancaire en cause.

b) Application à la Deuxième directive

Ce n'est pas parce qu'une banque a une clientèle de non-résidents qu'elle exerce nécessairement les activités concernées *sur le territoire* des Etats membres où les clients sont domiciliés.

Par conséquent, le fait de se rendre à titre temporaire sur le territoire d'un autre Etat membre pour y exercer une activité se situant en amont (par exemple pour expertiser un bien avant l'octroi d'un crédit) ou même en aval (activités incidentes) de l'activité essentielle ne constitue pas, de l'avis de la Commission, une situation susceptible de faire, par elle-même, l'objet d'une notification préalable. Il en va de même des visites qu'un établissement de crédit peut effectuer auprès de sa clientèle, si ces visites ne s'accompagnent pas de la fourniture de la prestation caractéristique du service faisant l'objet de la relation contractuelle.

En outre, la Commission estime que le fait de se rendre à titre temporaire sur le territoire d'un Etat membre pour y conclure les actes préalables à l'exercice d'une activité bancaire, ne devrait pas être considéré comme l'exercice de l'activité elle même. Une notification préalable ne serait, dans cette hypothèse, pas non plus nécessaire.

Par contre, si l'établissement envisage de fournir la prestation caractéristique d'un service bancaire en envoyant, pour l'exercer, un membre de son personnel ou un intermédiaire mandaté à titre temporaire sur le territoire d'un autre Etat membre, une notification préalable devrait être nécessaire.

Inversement, si le service est fourni au bénéficiaire qui, pour le recevoir, s'est déplacé en personne dans l'Etat membre où l'établissement de crédit est établi, il ne devrait pas y avoir de notification préalable. La Commission estime en effet que le service n'est pas exercé par l'établissement de crédit sur le territoire d'un autre Etat membre au sens de l'article 20 de la Deuxième directive bancaire.

Enfin, la fourniture de services bancaires à distance, par exemple par l'Internet, ne devrait pas, selon la Commission, nécessiter de notification préalable dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client.

La Commission est consciente du fait que cette solution nécessitera une analyse au cas par cas, qui peut s'avérer difficile.

Elle est également consciente du fait que, tant que la Cour ne se sera pas prononcée, il demeure loisible à tout établissement de crédit de choisir, par sécurité juridique, de recourir à la procédure de notification prévue par la Deuxième directive même si, par application des critères proposés plus haut, une notification pourrait ne pas être nécessaire.

Le fait que certaines formes de prestation de services n'entrent pas, selon la Commission, dans le cadre de l'article 20 de la Deuxième directive et, partant, ne devraient pas être notifiées, ne signifie pas que les activités fournies de cette manière ne bénéficient pas de la reconnaissance mutuelle et du contrôle par le pays d'origine.

En effet, la Commission considère que la reconnaissance mutuelle des activités contenues à l'annexe, assortie du contrôle par le pays d'origine, est instaurée par l'article 18 de la Deuxième directive bancaire. L'article 20 n'est, quant à lui, qu'un article de procédure à usage résiduel, qui ne doit être utilisé que par les établissements de crédit désireux de travailler pour la première fois en liberté de prestation de services sur le territoire d'un autre Etat membre.

3) Publicité et offres de services

La Commission estime qu'il n'est pas envisageable de lier l'existence préalable d'une publicité ou d'une offre avec la nécessité de satisfaire à la procédure de notification.

Cette liaison serait artificielle, car elle n'est pas expressément prévue par la Deuxième directive. L'article 20 ne soumet en effet pas à notification l'offre préalable d'un service à un non-résident, mais l'intention d'exercer une activité sur le territoire d'un autre Etat membre.

En outre, ce n'est pas parce que l'on sollicite une clientèle à distance que l'on envisage nécessairement de fournir des services sur le territoire d'un autre Etat membre.

De même, lier la publicité et la notification pourrait conduire à des situations absurdes, où un établissement se trouverait invité à effectuer une notification vis-à-vis des autorités de tous les pays où sa publicité peut théoriquement être reçue.

Dans un souci de simplification, dans le respect de la Deuxième directive bancaire, la Commission considère par conséquent que toute forme de publicité, ciblée ou non, ainsi que toute offre de service fournie à distance par quelque moyen que ce soit (courrier, télécopie, messageries électroniques etc.) devrait être dispensée de l'obligation de notification préalable. Ce n'est que si l'établissement de crédit envisage d'exercer ses activités *sur le territoire du client* en libre prestation de services (au sens du raisonnement sous a.) qu'il est astreint à la notification.

Cette position, qui ne concerne que l'exigence de notification, est sans effet sur le droit qui sera applicable au service bancaire. En effet, conformément à la Convention de Rome,[4] l'existence d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité préalable peut, dans le cas de contrats conclus avec des consommateurs, avoir une incidence sur le droit applicable au contrat ultérieurement conclu.[5]

4) Nature de la procédure

La Commission considère que la procédure de notification prévue par la Deuxième directive poursuit un simple objectif d'information mutuelle des autorités de contrôle, et n'est pas une mesure visant la protection des consommateurs. Elle ne devrait pas être considérée, de l'avis de la Commission, comme une condition de forme affectant la validité d'un contrat bancaire.

5) Avenir de la procédure

A l'occasion du débat occasionné par le projet de communication, la Commission a pu se rendre compte que de nombreuses parties intéressées réclament la suppression pure et simple de la procédure de notification dans le cadre de la liberté de prestation de services. Au contraire, quelques contributions insistent sur l'utilité de cette procédure pour exercer un contrôle destiné à vérifier le respect de l'intérêt général, et notamment des règles de protection des consommateurs.

---

4 Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19.6.1980 et entrée en vigueur le 1.4.1991. JO n° L 266 du 9.10.1980 p. 1. Convention ratifiée par l'ensemble des Etats membres à l'exception de la Suède, de l'Autriche et de la Finlande, signataires de la Convention le 29.11.1996, mais dont les procédures de ratification sont en cours.

5 Voir la Partie II de la présente Communication.

Ceux qui en demandent la disparition estiment, pour certains, qu'elle est contraire au traité en étant, dans le cadre de la liberté de prestation de services, une restriction disproportionnée. D'autres attirent l'attention sur le fait que les banques de pays tiers n'y sont pas assujetties. D'autres enfin considèrent que cette procédure est coûteuse, inutile et peut présenter des risques juridiques.

De l'avis de la Commission, la procédure de notification devrait, à condition toutefois d'être clarifiée et simplifiée, ne constituer qu'une simple formalité administrative à effectuer avant de pouvoir bénéficier d'avantages considérables.

Elle estime que les interprétations présentées ci-dessus seront de nature à clarifier le cadre de cette procédure qui, en raison de l'évolution même de la fourniture transfrontière d'activités bancaires, notamment dans le cadre du commerce électronique, est vouée à la quasi obsolescence. Plus les activités s'effectueront sans aucun déplacement, moins la notification sera utilisée.

La Commission pourrait envisager, en temps opportun, de proposer sa suppression dans le cadre de la liberté de prestation de services.

B. LIBERTE DE PRESTATION DE SERVICES ET DROIT D'ETABLISSEMENT

1) Liberté de prestation de services

a) Caractère temporaire

Le traité dispose à son article 60 troisième alinéa que le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer ***"à titre temporaire"***, son activité dans le pays où la prestation est fournie. La Cour a considéré, dans un arrêt du 30 novembre 1995[6], que le caractère temporaire de la prestation de services prévu par cet article:

"...est à apprécier en fonction de sa durée, de sa fréquence, de sa périodicité et de sa continuité."

Sur la base de cette jurisprudence, la Commission estime que, si une activité bancaire est exercée sur un territoire de manière durable, fréquente, régulière ou continue par un établissement de crédit se prévalant de la liberté de prestation de services, il conviendra de s'interroger sur le point de savoir si cet établissement de crédit peut encore légitimement être considéré comme travaillant de manière temporaire au sens du traité. On pourrait également se demander si l'établissement de crédit ne cherche pas à se soustraire aux règles applicables aux entreprises établies, en invoquant indûment le bénéfice de la liberté de prestation de services.

6 Arrêt du 30.11.1995, aff. C-55/94, Gebhard; Rec.1995, p. I-4165.

b) Interdiction du “contournement”

La Cour a reconnu à un Etat membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté de prestation de services, garantie à l'article 59 du traité, ne soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, mais qui s’est établi dans un autre Etat membre en vue d'échapper aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de l’Etat où il exerce entièrement ou principalement ses activités[7]. La Cour ajoute qu'une telle situation de “contournement” peut être justiciable du chapitre du traité relatif à l'établissement et non de celui relatif à la prestation de services.

Toutefois, la Commission estime qu'on ne pourrait pas considérer comme un “contournement” une situation où un établissement de crédit est fréquemment sollicité, sur son propre territoire, par des consommateurs résidant dans un autre Etat membre.

2) Droit d'établissement

Si une entreprise maintient une présence permanente dans l'Etat membre où elle fournit des services, elle relève en principe des dispositions du traité sur le droit d'établissement[8].

La Cour a, en effet, jugé que:

"un ressortissant d'un Etat membre qui, de façon stable et continue, exerce une activité professionnelle dans un autre Etat membre où, à partir d'un domicile professionnel, il s'adresse, entre autres, aux ressortissants de cet Etat, relève des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui relatif aux services."[9]

Toutefois, dans le même arrêt, la Cour a également jugé qu'un prestataire agissant dans le cadre de la liberté de prestation de services peut se doter, dans l'Etat membre d'accueil, de l'infrastructure nécessaire aux fins de l'accomplissement de sa prestation, sans relever du droit d'établissement.

Sur base de cette jurisprudence, un employé d'un établissement de crédit venant travailler sur le territoire d'un Etat membre dans le cadre de missions ponctuelles et spécifiques auprès d’une clientèle existante, pourrait donc, sans que la banque soit considérée comme établie au sens du droit communautaire, y disposer d'une infrastructure nécessaire à l'accomplissement même de ces missions. Si par contre il dépassait le cadre de ces missions spécifiques en utilisant ce “pied-à-terre” pour prospecter et proposer au public des services bancaires comme le ferait une succursale, la banque pourrait relever du droit d'établissement.

---

7 CJCE, arrêt du 4.12.1986 dans l’affaire 205/84, Commission contre Allemagne, Rec. 1986, p. 3755, arrêt du 3.12.1974, aff. 33-74, Van Binsbergen, Rec. 1974, p. 1299; arrêt du 3.2.1993, aff. C-148/91, Veronica, Rec. 1993, p. I-487; arrêt du 5.10.1994; aff. C-23/93, TV 10, Rec. 1994, p.I -4795.

8 Voir note 7.

9 Voir note 6.

3) Zone "grise"

La frontière entre les notions de prestation de services et d'établissement n'est pas toujours aisée à tracer notamment si, comme l'indique la jurisprudence de la Cour, on peut à certaines conditions être considéré comme agissant dans un Etat membre en liberté de prestation de services bien que l'on dispose dans cet Etat membre d'une certaine infrastructure.

Certaines situations s'avèrent particulièrement difficiles à classer. Il s'agit notamment:

- du recours à des intermédiaires indépendants;
- des installations électroniques réalisant des activités bancaires.

a) Intermédiaires indépendants

Le problème est de déterminer dans quelle mesure un établissement de crédit ayant recours à un intermédiaire indépendant établi dans un autre Etat membre, pourrait être considéré comme exerçant, lui-même, une activité permanente dans cet Etat membre.

Sont ici visés les intermédiaires apporteurs d'affaires, n'étant pas eux-mêmes des établissements de crédit ou des firmes d'investissement, et n'agissant pas pour leur propre compte.

Dans son arrêt du 4 décembre 1986[10] rendu dans l'affaire Commission contre Allemagne, la Cour a admis:

"...qu'une entreprise d'assurance d'un autre Etat membre qui maintient, dans l'Etat membre en cause, une présence permanente relève des dispositions du Traité sur le droit d'établissement et cela même si cette présence n'a pas pris la forme d'une succursale ou d'une agence, mais s'exerce par le moyen d'un simple bureau, géré par le propre personnel de l'entreprise, ou d'une personne indépendante, mais mandatée pour agir en permanence pour celle-ci comme le ferait une agence."

La Cour a donc reconnu qu'une entreprise possédant en permanence un intermédiaire sur le territoire d'un autre Etat membre est, de ce fait, susceptible de perdre le bénéfice de la liberté de prestation de services et de relever du droit d'établissement.

10 Voir note 7.

La Commission avance donc les interprétations suivantes.

- **Intermédiaires et liberté de prestation de services**

De l'avis de la Commission, si une banque fait appel à un intermédiaire pour exercer temporairement et occasionnellement un service bancaire sur le territoire d'un autre Etat membre, elle devra au préalable procéder à une notification au sens de l'article 20 de la Deuxième directive.

Elle estime que si une banque dispose en permanence, dans un pays donné, d'intermédiaires indépendants dont le rôle se limite à rechercher une clientèle pour le compte de la banque, on ne peut pas considérer qu'elle entend nécessairement exercer, au sens de l'article 20 de la Deuxième directive, des activités sur ledit territoire. Une notification ne s'avérerait donc pas nécessaire.

Par contre, dans certaines circonstances précisées ci-dessous, on pourrait considérer que la banque disposant dans un Etat membre d'un ou de plusieurs intermédiaires établis en permanence relève en réalité du régime du droit d'établissement.

- **Intermédiaires et droit d'établissement**

Dans son arrêt du 6 octobre 1976 dans l'affaire De Bloos[11], la Cour a relevé que:

"...un des éléments essentiels qui caractérisent les notions de succursale et d'agence est la soumission à la direction et au contrôle de la maison mère".

La Cour en a conclu qu'un concessionnaire exclusif non soumis au contrôle et à la direction d'une société ne pouvait être considéré comme une succursale, une agence ou un établissement.

Dans son arrêt du 18 mars 1981 dans l'affaire Blanckaert et Willems[12], la Cour a considéré qu':

"...un agent commercial (intermédiaire) indépendant, en ce sens qu'il est, en vertu de son statut légal, libre d'organiser l'essentiel de son activité et de déterminer le temps de travail qu'il consacre à une entreprise qu'il accepte de représenter, à qui l'entreprise qu'il représente ne peut interdire de représenter en même temps plusieurs firmes concurrentes dans le même secteur de production ou de commercialisation et qui, en outre, se borne à transmettre des commandes à la maison mère, sans participer ni à leur règlement ni à leur exécution, ne réunit pas les caractéristiques d'une succursale, agence ou autre établissement..."

11 Affaire 14/76, Rec. 1976, p. 1497.

12 Affaire 139/80, Rec. 1981, p. 819.

Plus précisément encore, dans l'arrêt du 22 novembre 1978 dans l'affaire Somafer[13], la Cour a jugé que:

"...la notion de succursale, d'agence ou de tout autre établissement implique un centre d'opérations qui se manifeste d'une façon durable vers l'extérieur comme le prolongement d'une maison mère, pourvu d'une direction et matériellement équipé de façon à pouvoir négocier des affaires avec des tiers, de telle façon que ceux-ci, tout en sachant qu'un lien de droit éventuel s'établira avec la maison mère dont le siège est à l'étranger, sont dispensés de s'adresser directement à celle-ci, et peuvent conclure des affaires au centre d'opérations qui en constitue le prolongement."

Sur la base de cette jurisprudence, la Commission considère que la réunion de trois critères cumulatifs est nécessaire pour que le recours à un intermédiaire puisse éventuellement entraîner l'assujettissement de la banque au droit d'établissement:

- Il faut que l'intermédiaire soit doté d'un mandat **permanent**.

- Il faut que l'intermédiaire soit soumis à la **direction et au contrôle** de l'établissement de crédit qu'il représente. Afin de vérifier si ce critère est rempli, il conviendra notamment d'examiner si l'intermédiaire est libre d'organiser son activité et de déterminer le temps de travail qu'il consacre à l'entreprise. Enfin, un indice à prendre en considération est la possibilité pour l'intermédiaire de représenter plusieurs entreprises concurrentes pour le service concerné ou, au contraire, sa liaison, par un accord d'exclusivité, avec un seul établissement de crédit.

- Il faut que l'intermédiaire puisse **engager** l'établissement de crédit. Un établissement de crédit peut être engagé du fait d'un intermédiaire même si ce dernier ne peut signer de contrats. Si l'intermédiaire peut, par exemple, faire une offre parfaite au nom d'un établissement, mais que c'est la banque elle-même qui conserve le pouvoir de signer le contrat, le critère d'engagement peut tout de même être satisfait. Si l'établissement de crédit peut rejeter la proposition soumise par l'intermédiaire et signée par le client, le critère de la capacité d'engagement ne sera pas satisfait.

L'application de ces trois critères nécessite un examen minutieux du cas d'espèce.

Le fait que l'intermédiaire puisse entraîner l'assujettissement de la banque au droit d'établissement ne signifie pas toutefois que l'intermédiaire constitue, lui-même, une succursale bancaire. En effet, aux termes de la Deuxième directive, une succursale est un "*siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'un établissement de crédit (...)*". L'intermédiaire étant, par hypothèse, indépendant, il ne peut dès lors constituer une "*partie*"

13 Affaire 33/78, Rec. 1978, p. 2183. Voir également l'arrêt du 6.4.1995 dans l'affaire C-439/93, Lloyd's Register of Shipping / Société Campenon Bernard, Rec. 1995, p.I-961.

d'un établissement de crédit. Etant en outre généralement établi sous forme de société, il dispose de sa personnalité juridique propre.
Enfin, dans l'hypothèse où les services d'une banque sont commercialisés dans un autre Etat membre par l'intermédiaire d'une autre banque, il ne devrait pas, en toute logique, être nécessaire de procéder à une quelconque notification. En effet, le fait que la banque intermédiaire soit elle-même sujette au contrôle bancaire de son Etat membre d'établissement devrait offrir suffisamment de garanties à ce dernier pour qu'il n'estime pas nécessaire d'être informé par voie de notification. Si la banque intermédiaire agit pour son propre compte, il ne devrait pas y avoir de notification, dans la mesure où une telle situation ne relève pas de la liberté de prestation de services transfrontières.

b) Installations électroniques

Est ici visée l'hypothèse d'installations électroniques fixes, de type "guichets électroniques", susceptibles d'effectuer des activités bancaires reprises à l'annexe de la Deuxième directive[14].

De telles installations peuvent relever du droit d'établissement si elles satisfont aux critères dégagés par la Cour de Justice (voir ci-dessus).

Pour qu'une telle installation puisse être assimilée à un établissement, il faudrait donc, notamment, qu'elle soit dotée d'une direction, ce qui apparaît par définition impossible, sauf si la Cour admettait que cette notion puisse englober non seulement une direction humaine, mais également une direction électronique.

Quoiqu'il en soit, il paraît cependant encore improbable qu'une telle installation soit le seul centre d'opérations d'un établissement de crédit dans un Etat membre. Elle est vraisemblablement rattachée, dans le même pays, à une succursale ou à une agence. Elle n'a donc pas, dans ce cas là, de régime propre car elle se rattache au régime de son établissement.

Si toutefois l'installation électronique est la seule présence d'un établissement de crédit dans un Etat membre, la Commission estime qu'elle peut être assimilable à de la prestation de service effectuée sur le territoire de cet Etat membre.

La présence dans le pays d'accueil d'une personne ou d'une société chargée uniquement d'entretenir l'installation, de l'approvisionner et éventuellement de traiter les problèmes techniques rencontrés par les usagers, n'est pas assimilable à un établissement et n'est pas de nature à faire perdre à l'établissement de crédit le bénéfice du régime de la liberté de prestation de services.

La Commission considère toutefois que les développements de la technique pourraient, dans l'avenir, la conduire à remettre en cause son point de vue.

Si ces développements permettaient à un établissement de crédit de n'avoir, sur un territoire donné, qu'une installation qui puisse "se comporter" comme le ferait

---

14 Ne sont pas ici visés les équipements informatiques mobiles individuels, susceptibles de fournir ou de recevoir des services bancaires à distance, par exemple par l'Internet.

une succursale, en prenant de véritables décisions dispensant complètement le client de s'adresser à la maison mère, la Commission serait amenée à réfléchir sur un cadre juridique communautaire approprié. En effet, le cadre juridique actuel repose sur des mécanismes faisant encore appel à une conception de la succursale bancaire qui implique une présence humaine (par exemple, le programme d'activité doit contenir le nom des dirigeants de la succursale). Il ne serait donc pas possible, dans le contexte juridique actuel, de considérer de telles installations comme constituant une succursale.

4) *Exercice simultané de la liberté de prestation de services et du droit d'établissement*

La Commission estime que rien ne s'oppose, ni dans le traité, ni dans les directives, ni dans la jurisprudence, à ce qu'un établissement de crédit exerce ses activités, sur un même territoire, en liberté de prestation de services et, simultanément, par une forme d'établissement (succursale ou filiale), même s'il s'agit des mêmes activités.

Il faut cependant que l'établissement puisse clairement rattacher l'activité en question à l'une des deux formes d'exercice. Ce rattachement est important d'un point de vue fiscal et réglementaire[15]. Il convient en effet d'éviter qu'un établissement puisse "artificiellement" rattacher une activité au régime de la liberté de prestation de services, dans un souci de contourner le cadre juridique et fiscal qui lui serait applicable si cette activité était considérée comme exercée par une succursale ou par toute autre forme d'établissement[16].

5) *Contrôle par le pays d'accueil des conditions d'octroi du passeport*

La Commission interprète la jurisprudence récente de la Cour de Justice[17] comme ne permettant pas au pays d'accueil d'exercer de contrôle visant à vérifier le respect, par un établissement de crédit ayant l'intention de travailler sur son territoire en liberté de prestation de services ou par le biais d'une succursale, des conditions harmonisées dans lesquelles la licence unique lui a été octroyée par le pays d'origine. Ce contrôle n'incombe en effet qu'à l'Etat d'origine seul. C'est sous la responsabilité de ce dernier que la licence unique est délivrée, et le pays d'accueil ne peut remettre en cause cet octroi.

Si l'Etat d'accueil a des raisons de douter du respect de ces conditions, il peut faire usage de l'article 170 du traité ou inviter la Commission à agir en manquement sur la base de l'article 169 du traité.

---

15 On peut par exemple songer à l'importance d'un tel rattachement pour la détermination du régime de garantie des dépôts.

16 Voir note n° 7.

17 Voir l'arrêt du 10.9.1996 rendu sur une question similaire par la Cour dans l'affaire C-11/95, Commission contre Belgique, Rec. 1996, p.I-4115. La Cour a jugé que l'Etat membre de réception n'est pas autorisé à exercer un contrôle de l'application du droit de l'Etat membre d'origine applicable aux émissions de radiodiffusion télévisuelle et du respect des dispositions de la directive 89/552/CEE du Conseil (directive dite "TV sans frontières"). (JO n° L 298 du 17.10.1989, p. 23).

6) Divers

La Commission estime qu'il serait, selon toute vraisemblance, contraire au droit communautaire qu'un Etat membre contraigne un établissement de crédit ayant exercé en liberté de prestation de services sur son territoire pendant une période donnée, à s'établir pour pouvoir poursuivre ses activités.

Elle estime également que la liberté de prestation de services peut être exercée par une succursale vers un troisième Etat membre. Il faudrait dans ce cas qu'une notification (article 20) de la Deuxième directive bancaire ait été effectuée par l'Etat d'origine de la succursale à l'intention de ce troisième Etat membre (si bien sûr les conditions de notification sont remplies).

C. LE COMMENCEMENT DE LA PRESTATION DE SERVICES

Le problème réside dans l'interprétation de l'article 20 paragraphe 2 de la Deuxième directive Bancaire, qui énonce simplement que:

"L'autorité compétente de l'Etat membre d'origine communique à l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil la notification visée au paragraphe 1, dans un délai d'un mois à compter de la réception de celle-ci."

Ainsi, la procédure préalable à l'exercice de la liberté de prestation de services diffère de celle applicable à l'établissement d'une succursale dans la mesure où, dans cette deuxième hypothèse, l'article 19 paragraphe 5 prévoit la *"réception"* par la succursale d'une *"communication"* de l'autorité compétente de l'Etat membre d'accueil ou, à défaut, le silence de celle-ci pendant deux mois, comme condition préalable du commencement de l'activité de la succursale.

Cette relation "triangulaire" n'est pas prévue dans le cadre de la liberté de prestation de services, pour laquelle prévaut un régime plus souple, délibérément voulu par le législateur européen afin de ne pas créer d'entraves qui n'existaient pas sous le régime antérieur.

Un établissement de crédit devrait donc pouvoir commencer à travailler en liberté de prestation de services dès qu'il a notifié son intention à sa propre autorité de contrôle, laquelle dispose, conformément à l'article 20 paragraphe 2, d'un mois pour transmettre cette notification à l'autorité de contrôle du pays d'accueil.

Enfin, la Commission considère que le fait pour un Etat membre d'exiger, en situation d'Etat d'accueil, la délivrance d'un "accusé de réception" de la notification envoyée par le pays d'origine, comme préalable au commencement de toute activité en prestation de services sur son territoire (procédure prévue pour l'établissement d'une succursale) constitue une infraction à la Deuxième directive.

DEUXIEME PARTIE: L'INTERET GENERAL DANS LA DEUXIEME DIRECTIVE BANCAIRE

Dans cette deuxième partie seront successivement abordés la question de la communication des règles d'intérêt général (A), les problèmes liés à l'application des règles d'intérêt général (B) et la liaison entre l'intérêt général et le droit international privé (C).

A. LA COMMUNICATION DES REGLES D'INTERET GENERAL

La Commission estime que, sur la base du libellé de l'article 19 paragraphe 4 de la Deuxième directive, il est difficile de conclure à l'existence d'une obligation pour l'Etat d'accueil de communiquer ses règles d'intérêt général à l'établissement de crédit désireux d'établir une succursale sur son territoire. L'expression *"le cas échéant"* semble en effet indiquer que les Etats membres disposent d'un pouvoir d'appréciation en la matière.

Toutefois, la Commission considère que, dans l'esprit de la Deuxième directive, un établissement de crédit qui a fait savoir via son autorité de contrôle qu'il souhaite établir une succursale, et qui désire par la suite s'informer sur les règles d'intérêt général en vigueur dans l'Etat membre d'accueil, devrait pouvoir obtenir les informations qu'il demande de la part de cet Etat.

Si l'Etat membre répond favorablement à la demande de l'établissement de crédit, la Commission considère que seule une obligation de moyens -et non de résultat- devrait peser sur lui. C'est-à-dire qu'il ne peut être tenu de communiquer toute sa législation d'intérêt général (seule sa législation applicable aux activités bancaires devrait l'être) et, en tout état de cause, un texte non communiqué resterait opposable à l'établissement de crédit. Il n'est en effet pas concevable d'écarter l'application d'une disposition légale, sur le territoire de l'Etat membre qui l'a adoptée, au motif qu'une formalité administrative préalable n'a pas été respectée.

La Commission admet que le caractère facultatif de la transmission par l'Etat d'accueil de ses règles d'intérêt général peut constituer une gêne à l'exercice du droit d'établissement. Comment un établissement de crédit peut-il en effet connaître les règles qu'il devra respecter si un Etat membre refuse de les lui communiquer ? Cette situation a d'ailleurs été quasi unanimement déplorée lors des consultations récentes menées par la Commission avec les milieux bancaires.

La Commission s'efforcera de remédier à cette situation par tous moyens appropriés.

B. L'APPLICATION DES REGLES D'INTERET GENERAL

L'objectif principal de la Deuxième directive bancaire est de permettre aux établissements de crédit agréés dans un Etat membre de fournir, dans l'ensemble de l'Union européenne, tout ou partie des activités bancaires reprises à l'annexe, tant par l'établissement d'une succursale qu'en liberté de prestation de services, à la condition que ces activités soient couvertes par leur agrément (article 18).

Le droit communautaire n'a cependant pas harmonisé le contenu des activités bancaires, à quelques exceptions près, comme certains aspects du crédit à la consommation[18].

Il est donc probable qu'un établissement de crédit souhaitant exercer ses activités dans un autre Etat membre se voie confronté à des réglementations différentes, applicables tant au service lui-même qu'aux conditions dans lesquelles il peut être offert et commercialisé. Qu'on songe par exemple à la diversité des réglementations nationales applicables au crédit.

Le 16ème considérant de la Deuxième directive énonce que:

"...les Etats membres doivent veiller à ce qu'il n'y ait aucun obstacle à ce que les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle puissent être exercées de la même manière que dans l'Etat membre d'origine, pour autant qu'elles ne soient pas en opposition avec les dispositions légales d'intérêt général en vigueur dans l'Etat membre d'accueil."

Il convient de rappeler que les considérants d'une directive ayant une valeur juridique de nature interprétative, permettent d'éclairer le lecteur sur les intentions du législateur communautaire[19].

La Commission considère qu'un établissement de crédit travaillant dans le cadre de la reconnaissance mutuelle ne pourrait par conséquent être contraint d'adapter ses services à la réglementation du pays d'accueil que si les mesures qu'on lui oppose sont d'intérêt général, que cet établissement agisse par le biais d'une succursale ou en libre prestation de services.

Cette approche se trouve d'ailleurs confirmée par la Cour de Justice, qui a jugé que seules des règles d'intérêt général peuvent restreindre ou gêner l'exercice des deux libertés fondamentales que sont la liberté de prestation de services[20] et le droit d'établissement[21].

Par conséquent, un établissement de crédit serait en droit de contester, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, ou par plainte auprès de la Commission, la légitimité au regard du droit communautaire d'une norme de droit national qui lui serait imposée.

Cependant, la Deuxième directive bancaire ne contient aucune définition de l'intérêt général. La raison en est que le niveau d'intérêt général dépend en effet, dans les domaines non harmonisés, de l'appréciation des Etats membres, et peut varier considérablement d'un pays à l'autre au gré des traditions nationales et des objectifs des Etats membres.

---

18 Directive 87/102/CEE du 22.12.1986, JO n° L 42 du 12.2.1987, p. 48; directive 90/88/CEE du 22.2.1990, JO n° L 61 du 10.3.1990, p. 14.

19 Voir notamment l'arrêt du 11.4.1973, affaire. 76-72, Michel; Rec. 1973, p. 457.

20 Arrêt du 25.7.1991, aff C-76/90, Säger; Rec.1991, p.I-4221. Voir l'analyse contenue dans la Communication interprétative de la Commission concernant la libre circulation transfrontière des services. JO n° C 334 du 9.12.1993, p. 3.

21 Arrêt du 30.11.1995, Gebhard, voir note 6. Voir aussi l'arrêt du 31.3.1993, aff. C-19/92, Kraus; Rec. 1993, p. I-1663

La Deuxième directive ne précise pas non plus dans quelles limites et dans quelles conditions l'Etat d'accueil peut imposer le respect de ses règles d'intérêt général à un établissement de crédit communautaire.

Il est donc nécessaire de se reporter à la jurisprudence de la Cour de Justice en la matière.

1) Délimitation de l'intérêt général

C'est la Cour de Justice qui est à l'origine de cette notion. La Cour a en effet régulièrement jugé que:

"Compte tenu de la nature particulière de certaines prestations de services, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le traité des exigences spécifiques imposées au prestataire, qui seraient motivées par l'application de règles professionnelles, justifiées par l'intérêt général (...)."[22]

La Cour n'a cependant jamais donné de définition de l'intérêt général, à laquelle elle a voulu conserver une nature évolutive. Elle s'est prononcée, au cas par cas, sur la possibilité de considérer une mesure nationale donnée comme poursuivant un objectif impérieux d'intérêt général et a précisé le raisonnement à tenir pour évaluer si une telle mesure peut être opposée par un Etat membre à un opérateur économique ressortissant d'un autre Etat membre, travaillant sur le territoire du premier nommé dans le cadre des libertés fondamentales prévues par le traité.

La Cour a cependant apporté une précision importante sur les mesures pouvant être considérées comme poursuivant un objectif impérieux d'intérêt général.

Elle a ainsi constamment jugé que ces mesures ne doivent pas avoir fait l'objet d'une harmonisation communautaire préalable[23].

Au fur et à mesure des jugements, la Cour de Justice a précisé les domaines qui peuvent être considérés comme d'intérêt général. Les règles nationales adoptées dans le cadre d'un de ces domaines sont donc encore susceptibles, à certaines conditions qui seront évoquées plus loin, d'être opposées à un opérateur économique communautaire.

---

22 Arrêt du 18.1.1979, aff. jointes 110 et 111/78, Van Wesemael; Rec.1979, p. 35.

23 Arrêt du 18.3.1980, aff. 52/79, Debauve; Rec. 1980, p. 833; arrêt du 4.12.1986, voir note 7; arrêt du 25.7.1991, aff. C-353/89, Mediawet, Rec. 1991, p. I-4069.

La Cour a, jusqu'à présent, reconnu comme constituant des raisons impérieuses d'intérêt général les objectifs suivants[24]:

La protection du destinataire de services[25], la protection des travailleurs[26], y compris sociale[27], la protection des consommateurs[28], le maintien de la bonne réputation du secteur financier national[29], la prévention de la fraude[30], l'ordre social[31], la protection de la propriété intellectuelle[32], la politique culturelle[33], la conservation du patrimoine historique et artistique national[34], la cohérence fiscale[35], la sécurité routière[36], la protection des créanciers[37], et la protection de la bonne administration de la justice[38].

Cette liste est "ouverte", la Cour se réservant toujours la possibilité de la faire évoluer.

La plupart de ces domaines peuvent concerner l'activité bancaire. Ainsi, par exemple, une mesure nationale visant à protéger les consommateurs de services bancaires peut, si elle ne relève pas d'un domaine harmonisé, être invoquée au titre de l'intérêt général par un Etat membre à l'égard d'un établissement de crédit communautaire opérant sur son territoire dans le cadre de la reconnaissance mutuelle. Pour que cette règle soit opposable, certaines conditions supplémentaires doivent cependant être respectées.

2) Les tests d'intérêt général

Dans sa jurisprudence, la Cour a estimé que:

"Les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre."[39]**.**

---

24 A cette liste doivent, *a fortiori*, être ajoutées les dispositions de l'article 56, à savoir, l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique. Il est également vraisemblable que les "exigences impératives", reconnues par la Cour dans sa jurisprudence sur la circulation des marchandises (protection de l'environnement, loyauté des transactions commerciales) puissent également être invoquées en matière de services.

25 Arrêt du 18.1.1979, Van Wesemael, aff. 110/78 et 111/78, voir note 22.

26 Arrêt du 17.12.1981, Webb, aff. 279/80, Rec. 1981, p. 3305.

27 Arrêt du 28.3.1996, Guiot, aff.C-272/94, Rec. 1996, p.I-1905.

28 Arrêt du 4.12.1986, Commission contre Allemagne, voir note 7.

29 Arrêt du 10.5.1995, Alpine Investments BV, aff. C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141.

30 Arrêt du 24.3.1994, Schindler, aff. C-275/92, Rec. 1994, p. I-1039.

31 Ibid.

32 Arrêt du 18.3.1980, Coditel, aff. 62/79, Rec. 1980, p. 881.

33 Arrêt du 25.7.1991, Mediawet, voir note 23.

34 Arrêt du 26.2.1991, Commission contre Italie, aff.C-180/89, Rec. 1991, p.709.

35 Arrêt du 28.1.1992, Bachmann, aff. C-204/90, Rec. 1992, p.249.

36 Arrêt du 5.10.1994, van Schaik, aff. C-55/93, Rec. 1994, I-4837.

37 Arrêt du 12.12.1996, Reisebüro Broede, aff. C-3/95, pas encore publié

38 Ibid.

39 Arrêt Gebhard, voir note 6.

La Cour a également régulièrement jugé que, pour qu'une règle d'intérêt général soit opposable à un prestataire de services, il faut que ***"cet intérêt ne soit pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi.***" [40]

3) Modalités d'utilisation des tests

Un établissement de crédit auquel un Etat membre d'accueil imposerait le respect d'une disposition nationale ne découlant pas d'une harmonisation communautaire et qui constitue, selon lui, une restriction à la libre circulation des services, pourrait mettre en cause l'application de cette mesure à son égard s'il estime qu'elle ne satisfait pas aux six critères mentionnés: non-discrimination, absence d'harmonisation préalable, présence d'une raison impérieuse d'intérêt général, non-duplication, nécessité, proportionnalité.

Une telle restriction pourrait porter sur le service lui-même ou sur les conditions dans lesquelles il est offert, comme la publicité le concernant[41].

Pour mettre en cause une mesure nationale qui constitue une restriction (par exemple une disposition devant figurer dans tout contrat, différente ou inconnue dans son Etat d'origine) qu'il juge non fondée, un établissement de crédit doit normalement recourir à la voie judiciaire ou en informer la Commission, par exemple par le dépôt d'une plainte.

Dans la pratique, diverses possibilités s'offrent à lui:

- Il peut évidemment, afin d'éviter tout conflit potentiel, adapter ses services en tous points à la réglementation du pays d'accueil.

- S'il offre tout de même des services bancaires ne correspondant pas exactement aux dispositions impératives du pays d'accueil, il sera vraisemblablement poursuivi par les autorités nationales ou par l'un de ses clients. L'établissement de crédit devra alors faire valoir ses arguments de droit communautaire, devant une juridiction ou une autorité nationale, afin de faire établir que la règle que l'Etat membre entend lui opposer ne satisfait pas aux conditions dégagées par la Cour. C'est le juge national qui appréciera la validité des arguments des parties, après avoir éventuellement saisi la Cour de Justice d'un renvoi préjudiciel dans le cadre de l'article 177 du traité.

---

40 Arrêt Säger, voir note 20.

41 L'article 21 paragraphe 11 de la Deuxième directive bancaire dispose que "*le présent article n'empêche pas les établissements de crédit dont le siège est situé dans un autre Etat membre de faire de la publicité pour leurs services par tous les moyens de communications disponibles dans l'Etat membre d'accueil, pour autant qu'ils respectent les règles éventuelles régissant la forme et le contenu de cette publicité arrêtées pour des raisons d'intérêt général*".

- Il peut, à tout moment, informer la Commission qui pourrait, si elle estime les restrictions non fondées, intenter une action en manquement contre l'Etat membre concerné sur la base de l'article 169. Ce sera, dans ce cadre, à la Commission d'apporter la preuve de l'existence du manquement allégué[42]. C'est, le cas échéant, la Cour de Justice qui décidera en dernier ressort si la mesure nationale en cause satisfait ou non aux tests de l'intérêt général.

Examinons à présent comment ces six tests pourraient être concrètement appliqués par la Commission ou par un juge.

- **La mesure est-elle discriminatoire ?**

Selon une jurisprudence constante, la Cour a défini la discrimination comme:

"l'application de règles différentes à des situations comparables ou l'application de la même règle à des situations différentes."[43]**.**

La Commission considère par conséquent que si un Etat membre impose à un établissement de crédit communautaire des mesures qu'il n'impose pas ou impose de manière plus avantageuse à ses propres établissements de crédit, il y aura discrimination.

Si la restriction en cause est de nature discriminatoire, elle ne pourra, conformément à la jurisprudence de la Cour, être justifiée que par les raisons reprises à l'article 56 du traité (ordre public, sécurité publique, santé publique)[44] sous réserve du respect du principe de proportionnalité.

La notion d'ordre public doit, selon la Cour, être comprise dans un sens très restrictif. Ainsi, la Cour a constamment jugé que des objectifs de nature économique ne peuvent constituer des raisons d'ordre public au sens de l'article 56 du traité[45].

Pour la Cour, "***le recours par une autorité nationale à la notion d'ordre public suppose, en tous cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue une infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société."***[46]**.**

On voit difficilement quelles sont les mesures qui, en matière bancaire, pourraient satisfaire à cette condition de menace grave pour la société. Il est donc permis de penser que des mesures discriminatoires auraient, en matière bancaire, peu de chances d'être justifiées.

---

42 Arrêt du 17.11.1992, Commission contre Pays-Bas, aff. C-157/91, Rec.1992, p. I-5899.

43 Voir en dernier lieu l'arrêt du 27.6.1996, Asscher, aff. C-107/94, Rec. 1996, p. I-3089.

44 Voir en dernier lieu l'arrêt du 4.5.1993, Federación de Distribuidores Cinematográficos, aff. C-17/92, Rec.1993, p. I-2239.

45 Arrêt du 26.4.1988, Bond van Adverteerders, aff. 352/85, Rec. 1988, p. 2085.

46 Arrêt du 27.10.1977, Bouchereau, aff. 30/77, Rec. 1977, p. 1999.

- **La mesure relève t-elle d'un domaine harmonisé ?**

  La Commission estime que les directives d'harmonisation définissent le niveau minimal d'intérêt général communautaire. Ceci emporte, de l'avis de la Commission, qu'un Etat ne saurait, en invoquant son intérêt général, imposer à un établissement de crédit communautaire travaillant sur son territoire dans le cadre de la reconnaissance mutuelle, des règles plus strictes que celles prévues par ces directives.

  C'est ainsi le cas pour les règles harmonisées concernant l'accès à l'activité et les conditions de son exercice (fonds propres, capital minimal, garantie des dépôts, grands risques, couverture des risques de crédit et de marché etc.).

  Il en est de même des règles harmonisées concernant certaines activités bancaires spécifiques, comme les règles concernant le crédit à la consommation (indication du taux annuel effectif global, droit pour le consommateur de s'acquitter des obligations par anticipation etc.)[47].

  Enfin, c'est le cas des règles harmonisées concernant certains aspects contractuels horizontaux (clauses abusives[48]) et certaines conditions relatives à l'environnement contractuel (conclusion de contrats en dehors des établissements commerciaux[49] , publicité trompeuse[50]).

  Lorsque ces règles harmonisées sont des clauses minimales, un Etat demeure libre d'imposer des règles plus strictes que celles prévues par les directives à l'égard de ses propres établissements de crédit. En effet, la discrimination à rebours n'est, en principe, pas contraire au droit communautaire. La Cour a en effet régulièrement jugé que le fait de traiter ses propres ressortissants de manière moins favorable que d'autres ressortissants communautaires n'est pas contraire au principe de non discrimination visé par le droit communautaire[51].

  L'imposition par un Etat membre, pour des raisons qu'il juge d'intérêt général, à un établissement de crédit communautaire travaillant sur son territoire, d'un niveau de protection du consommateur plus strict que le niveau fixé par une disposition communautaire minimale devrait, en tout état de cause, satisfaire au test de proportionnalité.

---

47 Directive 87/102/CEE et 90/88/CEE, voir note 18.

48 Directive 93/13/CEE du 5.4.1993, JO n° L 95 du 21.4.1993, p. 29.

49 Directive 85/577/CEE du 20.12.1985 JO n° L 372 du 31.12.1985, p. 31.

50 Directive 84/450/CEE du 10.9.1984, JO n° L 250 du 19.9.1984, p. 17.

51 Arrêt du 28.1.1992, Steen, aff. 332/90, Rec. 1992, p. I-341, Arrêt du 16.2.1995, Aubertin e.a., aff. jointes C-29/94 à C-35/94, Rec. 1995, p. I-301. Voir aussi l'arrêt du 12.12.1996, RTI, aff. jointes C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 et C-339/94, pas encore publié, subordonnant l'utilisation des clauses minimales au respect du traité.

- **La mesure poursuit-elle un objectif d'intérêt général ?**

  En l'absence d'harmonisation, la Commission considère que, ainsi que l'a constamment jugé la Cour, les restrictions imposées par un Etat membre ne sont compatibles avec le Traité que ***"si il est établi qu'il existe, dans le domaine de l'activité considérée, des raisons impérieuses liées à l'intérêt général (...)."***[52]**.**

  Si la règle ne relève pas d'un domaine harmonisé, il faut examiner si elle entre dans un des domaines dont la Cour a jusqu'à présent estimé qu'ils relèvent de l'intérêt général (par exemple la protection du consommateur). Si c'est le cas, le premier critère est satisfait, mais il convient de poursuivre le raisonnement. Si ce n'est pas le cas, on ne peut que spéculer sur la possibilité que la Cour reconnaisse le domaine concerné comme relevant de l'intérêt général. Il faut garder à l'esprit que la Cour a une jurisprudence évolutive, et qu'elle se réserve, au cas par cas, la possibilité d'ajouter un nouveau domaine à la liste existante.

- **L'intérêt général n'est-il pas déjà sauvegardé dans le pays d'origine ?**

  Il faut ici examiner si des dispositions similaires ou comparables, visant à protéger le même intérêt, ne sont pas déjà imposées à l'établissement de crédit par la législation de son Etat membre d'origine.

  Dans le cadre de la Deuxième directive bancaire, ce critère pourrait être important notamment pour l'évaluation de la compatibilité des mesures imposées par l'Etat d'accueil dans l'exercice de ses compétences résiduelles.

  Par exemple il faudrait, dans le cadre de ce "test", examiner dans quelle mesure certains contrôles exigés par l'Etat d'accueil ne sont pas déjà effectuées dans le pays d'origine, dans quelle mesure des informations comptables, prudentielles, statistiques ou financières, ne sont pas déjà communiquées à l'autorité compétente du pays d'origine etc.

- **La mesure est elle propre à garantir la satisfaction de l'objectif qu'elle poursuit?**

  Même si une mesure d'un Etat d'accueil est présentée comme défendant un objectif d'intérêt général, il est permis de se demander si elle est véritablement nécessaire pour protéger cet intérêt.

  Il peut en effet se trouver des hypothèses où la mesure n'est, objectivement, pas nécessaire ou pas adaptée pour protéger cet intérêt.

  La Cour de Justice procède à cette évaluation et a ainsi, dans certains arrêts, jugé qu'une règle donnée, invoquée par l'Etat d'accueil dans un but déclaré de protection du consommateur, n'était en définitive pas apte à assurer cette protection.

---

52 Arrêt du 4.12.1986, Commission contre Allemagne, aff. 205/84, voir note 7.

Par exemple, la Cour a estimé que, l'information étant une exigence principale de protection des consommateurs, un Etat membre qui impose des règles qui, en définitive, limitent l'accès des consommateurs à certaines informations, ne peut invoquer la protection des consommateurs pour les justifier[53].

La Cour examine donc attentivement si la mesure qui lui est présentée bénéficie effectivement au consommateur[54], et si l'Etat membre qui l'impose ne sous estime pas la capacité de jugement du consommateur[55]. La Cour exerce ainsi un contrôle visant en fait à déterminer si, sous couvert de protection du consommateur, certaines mesures ne poursuivent pas en réalité des objectifs moins avouables de protection du marché national.

- **La mesure ne va-t-elle pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que l'objectif qu'elle poursuit soit atteint ?**

Il faut finalement se demander s'il n'existe pas de moyens moins restrictifs pour satisfaire l'objectif d'intérêt général poursuivi. Il s'agit ici de l'application du principe juridique de l'adéquation entre la menace et la riposte.

La Cour examine systématiquement si l'Etat membre n'avait pas à sa disposition de mesures moins restrictives pour les échanges[56]. Dans le cadre de cet examen, il arrive que la Cour déduise d'une analyse comparée des législations des autres Etats membres que des mesures moins restrictives de nature à assurer la protection du consommateur existent[57]. Toutefois, la Cour a également jugé que ***"le fait qu'un Etat membre impose des règles moins strictes que celles imposées par un autre Etat membre ne signifie pas que ces dernières sont disproportionnées et, partant, incompatibles avec le droit communautaire"***.[58]

Dans l'hypothèse où une mesure nationale constituant une restriction pour un établissement de crédit bénéficiant de la reconnaissance mutuelle est justifiée par l'Etat d'accueil comme relevant de la protection du destinataire du service, il est primordial, afin de vérifier si le test de proportionnalité est satisfait, de s'interroger sur le besoin réel de protection de ce destinataire.

La Cour a en effet jugé, dans son arrêt "Commission contre Allemagne" du 4 décembre 1986[59] qu' ***"il peut exister des cas où, en raison du caractère du risque assuré et du preneur d'assurance, il n'y a aucun besoin de protéger celui-ci par l'application des règles impératives de son droit national"***. Cette jurisprudence va naturellement au-delà du domaine de l'assurance.

---

53 Arrêt du 7.3.1990, GB-INNO-BM, aff. C-362/88, Rec. 1990, p. I-667.

54 Voir également l'arrêt du 27.6.1996, Schmit, aff. C-240/95, Rec. 1996, p. I-3179.

55 Voir notamment l'arrêt du 6.7.1995, Mars, aff. C-470/93, Rec. 1995, p. I-1923. La Cour a, dans cet arrêt, eu recours à la notion de "consommateur avisé".

56 Voir en dernier lieu l'arrêt du 6.6.1996, Commission contre Italie ("SIM"), aff. C-101/94, Rec. 1996, p. I-2691. Voir également l' arrêt du 10.5.1995, Alpine Investments, voir note 29.

57 Arrêt du 18.5.1993, Yves Rocher, aff. C-129/91, Rec. 1993, p. I-2361.

58 Arrêt du 10.5.1995, Alpine Investments, voir note 29.

59 Affaire 205/84, voir note 7.

Il faut donc se demander quel est, en l'espèce, le besoin de protection du destinataire du service bancaire offert en reconnaissance mutuelle, en examinant la nature du service et le niveau de sophistication de son destinataire.

La Commission considère que les Etats membres devraient, en imposant leurs règles d'intérêt général, distinguer selon que les services sont fournis à des destinataires avertis ou non. Pour respecter le principe de proportionnalité ils devraient, en d'autres termes, tenir compte du niveau de vulnérabilité des personnes dont ils entendent assurer la protection.

Afin de déterminer si un destinataire est averti, on peut notamment s'inspirer de la directive 94/19/CE du Parlement européen et du Conseil[60] sur la garantie des dépôts, et notamment des possibilités d'exclusion qu'elle contient. La logique sous-tendant ces possibilités d'exclusion est en effet la même que celle défendue dans la présente communication. Ainsi, on peut par exemple estimer, à titre indicatif, que les établissements de crédit, les établissements financiers, les entreprises d'assurances, l'Etat et ses émanations, les OPCVM, les fonds de pension ou les sociétés au sens du point 14 de l'annexe de la directive 94/19/CE [61], sont des clients dont la nature ou la taille les rendent mieux à même de connaître les risques encourus et de s'engager en connaissance de cause.

Par exemple, les activités de l'annexe effectuées entre professionnels de la finance ne devraient pas se voir opposer, par l'Etat d'accueil, de règle particulière au titre de l'intérêt général. Le test de proportionnalité serait, dans une telle hypothèse, particulièrement difficile à satisfaire.

Enfin, dans certaines hypothèses, il conviendra d'examiner si le service est fourni en liberté de prestation de services ou par une succursale.

En effet, l'évaluation de la proportionnalité d'une restriction peut être différente selon le mode d'opération.

Ainsi, une restriction pourrait être plus aisément considérée comme proportionnée à l'égard d'un opérateur agissant en permanence sur un territoire, qu'à l'égard du même opérateur n'agissant qu'à titre temporaire.

La Cour a reconnu cette différence en jugeant que le prestataire de services agissant à titre temporaire doit évoluer dans un cadre moins restrictif et plus "léger" qu'un prestataire établi.

---

60 JO n° L 135 du 31.5.1994, p. 5.

61 Sociétés de plus de 50 personnes, dont le total du bilan est d'au moins 2 500 000 écus et dont le chiffre d'affaire net est d'au moins 5 000 000 écus. Directive 94/8/CE du 25.3.1994, JO n° L 82 du 25.3.1994, p.33.

Elle a en effet constamment rappelé qu'un Etat membre:

"ne peut subordonner la réalisation de la prestation des services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement, sous peine de priver de tout effet utile les dispositions du traité destinées précisément à assurer la libre prestation de services."[62]

La Cour a également jugé que les restrictions à la liberté de prestation de services sont encore moins admissibles dans les hypothèses où le service est fourni ***"sans que le prestataire ait besoin de se rendre sur le territoire de l'Etat membre où la prestation est fournie"***.[63] Cette dernière précision est particulièrement importante pour les services bancaires qui sont, de plus en plus, fournis sans déplacement du prestataire.

En outre, selon une jurisprudence constante, l'article 60 troisième alinéa du traité:

"n'implique pas que toute législation nationale applicable aux ressortissants de l'Etat membre destinataire de la prestation, et visant normalement une activité permanente des entreprises établies dans celui-ci, puisse être appliquée intégralement de la même manière à des activités, de caractère temporaire, exercées par des entreprises établies dans d'autres Etats membres."[64]

La même restriction imposée dans l'intérêt général pourrait donc, selon les cas, être jugée proportionnée à l'égard d'une succursale, mais disproportionnée à l'égard d'un prestataire temporaire de services. La Commission estime par exemple qu'un Etat membre imposant, pour des raisons déclarées d'intérêt général, certaines formalités aux établissements de crédit (contrôles, enregistrements, frais, transmission d'informations etc.) devrait tenir compte du mode d'opération choisi par l'établissement de crédit exerçant sur son territoire par le biais de la reconnaissance mutuelle.

Toutefois, il ne semble pas que cette distinction puisse être opérée à propos des règles de protection du consommateur (à condition bien sûr qu'elles aient satisfait aux autres tests). En effet, l'exigence de protection du consommateur doit être identique, que le service soit fourni en liberté de prestation de services ou par voie d'établissement. Il ne serait en effet pas admissible qu'un consommateur soit moins bien protégé, selon qu'il reçoit un service d'une entreprise non établie ou d'une entreprise établie.

Il faudra toutefois éventuellement tenir compte des conditions dans lesquelles le service a été souscrit. En effet, il peut y avoir des situations où le consommateur s'est délibérément soustrait à la protection que lui confère son droit national, notamment en souscrivant un service auprès d'une banque non établie, sans avoir au préalable été sollicité d'aucune façon par cette dernière.

---

62 Arrêt du 25.7.1991, Säger, voir note 20. Voir aussi l'arrêt du 26.2.1991, Commission contre Grèce, aff. C-198/89, Rec. 1991, p.I-727.

63 Arrêt Säger, voir note 20.

64 Arrêt du 4.12.1986, Commission contre Allemagne, voir note 7. Voir aussi l'arrêt du 17.12.1981, Webb, voir note 26.

C. L'INTERET GENERAL ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

1) Principes

L'examen de la compatibilité avec le droit communautaire d'une règle nationale invoquée dans l'intérêt général peut être effectué dès que, du fait de l'absence d'harmonisation, une divergence de législation crée une entrave à la circulation des services bancaires.

La compatibilité au droit communautaire s'impose à toute règle de droit national, quel que soit le domaine dont elle relève. Ainsi, dans un arrêt du 21 mars 1972, la Cour a jugé que:

"L'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets"[65].

La primauté du droit communautaire s'exerce donc, le cas échéant, vis-à-vis de règles nationales relevant du droit privé.

La Cour a ainsi été notamment amenée à vérifier la compatibilité avec le droit communautaire de règles nationales de droit civil[66] et de procédure civile[67].

On peut certes admettre que la plupart des règles contractuelles relevant du droit civil ou du droit procédural (mode d'extinction des obligations, prescriptions, déchéances, nullité etc.) sont peu susceptibles de constituer des entraves au commerce des services bancaires.

Cependant, on trouve dans les contrats bancaires des dispositions, généralement impératives, qui, bien qu'étant des règles de droit des obligations, affectent en réalité les échanges économiques. Prenons comme exemple une clause interdisant la variabilité d'un taux ou imposant une clause de remboursement anticipé. De telles dispositions peuvent, quant à leurs effets, constituer une restriction si elles obligent une banque à modifier un service en le modulant en fonction des législations des pays où il est commercialisé.

La Commission estime qu'on ne peut faire échapper de telles dispositions au contrôle du droit communautaire, au simple motif qu'elles relèvent du droit des obligations.

---

65 Arrêt du 21.3.1972, SAIL, aff. 82-71, Rec. 1972, p.119. Voir également l'arrêt Hubbard du 1.7.1993, aff. C-20/92, Rec. 1993, p. I-3777

66 Arrêts du 30.3.1993, Konstantinidis, aff. C-168/91, Rec. 1993, p. I-1191; arrêt du 24.1.1991, Alsthom Atlantique, aff. C-339/89, Rec. 1991, p. I-107; arrêt du 13.10.1993, Motorradcenter, aff. C-93/92, Rec. 1993, p. I-5009.

67 Voir à cet égard les arrêts du 10.2.1994, Mund & Fester, aff. C-398/92, Rec. 1994, p. I-467, du 26.9.1996, Data Delecta, aff. C-43/95, Rec. 1996, p. I-4661, du 1.2.1996, Perfili, aff. C-177/94, Rec. 1996, p.I-161. Voir également l'arrêt Hubbard, voir note 65.

C'est dans ce contexte qu'un juge peut être amené à examiner la compatibilité avec le droit communautaire des résultats atteints par l'application des règles de conflits de lois en matière contractuelle contenues dans les instruments de droit international privé, et notamment dans la Convention de Rome[68].

Ces règles de conflit de lois ne constituent cependant pas, en elles-mêmes, des restrictions. Ce n'est pas, en principe, le mécanisme de désignation du droit applicable qui constitue une entrave mais le résultat auquel il aboutit quant au droit matériel[69].

2) Articulation avec la Convention de Rome

Cette Convention consacre le principe de la liberté contractuelle, commun à l'ensemble des Etats membres.

Les parties à un contrat bancaire peuvent donc librement choisir le droit qui y sera applicable et les obligations qu'elles s'engagent mutuellement à accomplir. Ce droit peut être celui du pays d'origine, du pays d'accueil ou même d'un pays tiers, membre ou non de l'Union européenne.

En cas d'absence de choix par les parties, la Convention dispose que le droit applicable est celui du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. La Convention précise que ce pays est présumé être celui où la partie qui fournit la prestation a sa résidence habituelle ou son établissement, principal ou secondaire selon que la prestation est fournie par la maison-mère ou une succursale.

En cas de contrat conclu avec un consommateur[70], la Convention prévoit que, en l'absence de choix explicite par les parties, le droit applicable sera celui du pays du consommateur si le contrat est intervenu dans l'une des deux circonstances suivantes (article 5):

- le contrat a été précédé dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite et le consommateur a, dans ce pays, accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat;

- le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays.

Par contre, si les parties ont choisi le droit applicable au contrat, ce choix ne peut priver le consommateur de la protection que lui confèrent les dispositions impératives[71] du pays où il a sa résidence habituelle, si l'une des deux circonstances décrites ci-dessus est vérifiée.

---

68 Voir note 4.

69 Voir cependant l'arrêt du 30.4.1996, Boukhalfa, aff. C-214/94, Rec. 1996, p. I-2271.

70 Contrat fourni pour un usage étranger à l'activité professionnelle du client.

71 Dispositions auxquelles on ne peut déroger par contrat.

Aux termes de la Convention, les *"lois de police"* (article 7) et *"l'ordre public"*[72] (article 16) des Etats membres peuvent également s'imposer au choix des parties ou, en l'absence de choix exprimé, aux règles de détermination contenues dans la Convention.

Sur la base de la Convention de Rome, un contrat bancaire conclu avec un consommateur doit donc respecter au moins les dispositions impératives du droit du pays du consommateur si ce dernier a été au préalable sollicité ou si la commande pour ce service a été reçue dans le pays du consommateur.

Par contre, si le contrat bancaire n'est pas conclu avec un consommateur (contrat conclu entre une banque et un client agissant dans le cadre de son activité professionnelle) la loi choisie par les parties régira le contrat et, à défaut, ce sera, en principe, la loi du pays où la banque est établie à titre principal ou secondaire.

3) Primauté du droit communautaire

La Commission considère qu'il faut ajouter un niveau de raisonnement supplémentaire à celui découlant de l'application de la Convention de Rome.

Ainsi, conformément au principe de primauté du droit communautaire, les règles de droit matériel applicables à un service bancaire en vertu de l'application des règles de conflit de la Convention de Rome (autonomie de la volonté pouvant être écartée par les dispositions impératives, les lois de police, et l'ordre public national) peuvent, si elles constituent une restriction, être examinées à la lumière de l'intérêt général.

Deux hypothèses peuvent notamment être envisagées[73]:

a) Services bancaires fournis par une succursale

La Convention de Rome prévoit à son article 4 que la loi applicable à défaut de choix des parties est celle du pays où est situé le principal établissement ou, si la prestation est fournie par un établissement autre que l'établissement principal, le pays où est situé cet autre établissement. La Convention prévoit donc que, dans l'hypothèse d'un service fourni par une succursale bancaire, le droit du pays où est établie cette succursale est présumé s'appliquer en l'absence de choix des parties[74].

---

72 Qu'il faut ici comprendre dans son sens de droit national et de droit international privé, qui n'est pas nécessairement celui que lui a donné la Cour de Justice, pour qui, rappelons-le, il s'agit d'une notion non économique, impliquant une menace grave pour la société.

73 C'est la Cour de Justice qui sera compétente pour interpréter la Convention de Rome, notamment afin de garantir une interprétation conforme au droit communautaire. Cependant, cette attribution de compétence n'est pas encore effective, dans la mesure où les deux protocoles la prévoyant (89/128/CEE et 89/129/CEE) ne sont pas encore entrés en vigueur, faute d'une ratification du protocole 89/129/CEE par tous les Etats ayant ratifié la Convention de Rome.

74 Il semble toutefois que le choix par les parties à un contrat bancaire d'une loi applicable soit la situation la plus habituelle.

Conformément au principe de primauté du droit communautaire, la Commission estime que les dispositions juridiques du pays de la succursale constituant des entraves sont susceptibles d'être soumises au test de l'intérêt général et, le cas échéant, d'être écartées.

b) Services bancaires fournis en liberté de prestation de services à des consommateurs

En vertu du principe de primauté du droit communautaire, l'imposition par le pays de résidence du consommateur de ses *"dispositions impératives"*, *"lois de police"* et dispositions d'*"ordre public"* aux contrats souscrits par un consommateur est susceptible, s'il en résulte une entrave, d'être soumise au test de l'intérêt général.

Il faut donc prolonger le raisonnement effectué sur la base de la Convention de Rome et se demander si, par exemple, les *"dispositions impératives"* dont l'Etat du consommateur entend imposer le respect, sont conformes aux tests d'intérêt général. S'agissant de règles adoptées pour la protection du consommateur, il y a de fortes chances pour que ces règles de droit matériel passent avec succès le test d'intérêt général. La Cour a en effet reconnu que la protection du consommateur est un objectif d'intérêt général justifiant des restrictions aux libertés fondamentales. Ce succès ne peut cependant se présumer. On a vu plus haut que des règles nationales adoptées dans le but déclaré de protéger le consommateur peuvent être soumises au contrôle de la Cour et, le cas échéant, être "déqualifiées", par exemple si elles ne sont pas nécessaires ou si elles sont disproportionnées.

Ce niveau supplémentaire de raisonnement est donc, dans le cadre d'un marché unique, indispensable afin de vérifier si, en l'absence d'harmonisation, des mesures nationales ne sont pas, sous couvert de protection du consommateur, maintenues dans le simple but de restreindre ou d'empêcher l'entrée de services bancaires différents ou inconnus sur le territoire national.